Ковалевский





Ковалевский, Максим Максимович.

О методологическихъ пріемахъ

при изученіи

ранняго періода въ исторіи учрежденій.

М. М. Ковалевскій


БИБЛИОТЕКА
ИМЭЛ
при Ц.К. В.К.П.(б)

О методологическихъ пріемахъ при изученіи ранняго періода въ исторіи учрежденій.

(Вступительная лекція къ курсу сравнительной исторіи права).

М: М: г: г! Задачей исторической юриспруденціи въ Россіи должно быть несомнѣнно прежде всего изученіе крайне любопытнаго и во многихъ отношеніяхъ своеобразнаго хода развитія русскихъ правовыхъ институтовъ. Я считаю поэтому весьма счастливымъ явленіемъ то обстоятельство, что лучшіе представители юридическихъ дисциплинъ въ нашихъ университетахъ всецѣло посвящаютъ себя въ послѣднее время изученію историческихъ судебъ русскаго законодательства вообще или тѣхъ или другихъ учрежденій въ частности. Въ этомъ ихъ настоящее призваніе; въ этомъ лежитъ исполненіе долга не только по отношенію въ русской, но и къ западно-европейской исторической наукѣ, синтетическіе выводы которой не могутъ найти крѣпкаго фундамента раньше, какъ послѣ ознакомленія съ процессомъ общественнаго развитія до нынѣ весьма мало извѣстнаго ей Востока Европы.

Зная, какое громадное значеніе я придаю работамъ по исторіи русскаго права, Вы не удивитесь, услыхавши отъ меня, что этой цѣли, т. е. всестороннему изученію оригинальнаго во многихъ отношеніяхъ хода развитія русскаго законодателаства, я подчиняю всѣ остальныя. Изученіе результатовъ добытыхъ уже въ наше время сравнительной исторіей учрежденій по вопросу о самостоятельномъ ходѣ развитія человѣческихъ обществъ, изученіе, долженствующее составить содержаніе моего курса въ нынѣшнемъ академическомъ году, должно быть

поэтому въ моихъ глазахъ не болѣе какъ подспорьемъ къ всестороннему объясненію судебъ отечественнаго законодательства. Ограничивая такимъ образомъ задачу преподаванія сравнительной исторіи учрежденій въ русскихъ университетахъ, я вмѣстѣ съ тѣмъ нисколько не умаляю его значенія. Наиболѣе рѣшительные противники историкосравнительнаго метода въ юриспруденціи, а число таковыхъ немало, рано или поздно принуждены бываютъ сознаться въ томъ, что при изученіи правоваго развитія народовъ, историческіе памятники которыхъ недостаточны или съ трудомъ объяснимы, обращеніе къ историко-сравнительному методу есть единственный путь представляющійся изслѣдователю. Предполагая въ Васъ, господа, рѣшительное недоброжелательство къ историко-сравнительному методу (мы инстинктивно противники того, чего не знаемъ), я надѣюсь однако, что многіе изъ Васъ согласятся со мною, что при изученіи хода развитія славянскихъ законодательствъ вообще и русскаго права въ частности, бѣдность прямыхъ историческихъ свидѣтельствъ, отрывочность и неполнота уцѣлѣвшихъ памятниковъ необходимо должны побуждать изслѣдователей подъ угрозою построенія въ противномъ случаѣ однихъ лишь субъективныхъ и потому самому эфемерныхъ теорій, обращаться къ результатамъ историко-сравнительнаго законовѣдѣнія, какъ къ руководящей нити при производствѣ ихъ изысканій.

Ни одинъ изъ спеціалистовъ по исторіи русскаго права, я увѣренъ, не признаетъ невѣрнымъ высказываемый мною взглядъ касательно крайней недостаточности историческихъ памятниковъ, особенно по древнѣйшему періоду въ исторіи русскаго права.

Начать съ того, что древнѣйшіе памятники нашей юридической жизни относятся къ X вѣку, этому сравнительно позднему періоду въ исторіи нашей общественной жизни, что самые эти памятники не болѣе какъ международные договоры, заключающіе въ себѣ поэтому лишь весьма скудный матеріалъ для историка общественнаго

быта восточныхъ славянъ, что наши лѣтописи, подобно лѣтописямъ и западно-европейскихъ народовъ, весьма бѣдны фактами по исторіи внутреннихъ отношеній, что наши житія святыхъ, какъ доказываетъ образцовая по строгости методологическихъ пріемовъ работа проф. Ключевскаго, весьма поздняго происхожденія, что для всего періода, который тянется отъ времени составленія Ярославовой Правды до изданія Литовскаго статута и Судебниковъ, мы имѣемъ лишь небольшое число грамотъ, что наши архивы, богатые правда матеріалами по исторіи Россіи за послѣдніе два вѣка, почти вовсе не заключаютъ въ себѣ юридическихъ актовъ XIV и XV вѣковъ.

Я не хочу сказать, что число памятниковъ по древнѣйшему періоду нашей юридической жизни не можетъ быть увеличено въ будущемъ путемъ пытливыхъ розысковъ русскихъ историковъ и юристовъ, положимъ, хотя бы въ Галицкихъ архивахъ, важность которыхъ для исторіи преимущественно Юго-западной Руси уже указана была Иванишевымъ. Я вполнѣ увѣренъ въ томъ, что учрежденіе въ Москвѣ при Архивѣ Министерства Юстиціи школы хартій по образцу имѣющейся въ настоящее время въ Парижѣ, созданіемъ въ нашемъ обществѣ не существующей пока профессіи ученыхъ палеографовъ, въ значительной степени содѣйствовало бы обогащенію нашего историческаго матеріала. Я настаиваю только на томъ, что при существующей въ настоящее время бѣдности юридическихъ памятниковъ по исторіи русскаго права въ средніе вѣка, ознакомленіе съ результатами, добытыми сравнительной исторіей учрежденій, является необходимымъ условіемъ всякаго маломальски научнаго изслѣдованія.

Я легко могу объяснить себѣ фактъ существованія въ средѣ историковъ Англіи и Франціи цѣлаго ряда весьма почтенныхъ изслѣдователей, въ глазахъ которыхъ сравнительная исторія учрежденій является излишней подготовкой къ самостоятельной разработкѣ французскаго или англійскаго историко-юридическаго матеріала. Имѣя

передъ собою почти неисчерпаемый фондъ новеллъ, надписей, формулъ, житій святыхъ, варварскихъ законовъ, крѣпостныхъ, дарственныхъ и завѣщательныхъ актовъ и т. п., наконецъ памятниковъ обычнаго права отдѣльныхъ провинцій, городовъ и общинъ, они до нѣкоторой степени находятъ оправданіе ограниченности своихъ методологическихъ пріемовъ въ самомъ богатствѣ находящагося въ ихъ распоряженіи историческаго матеріала.

Гораздо опаснѣе было бы игнорированіе русскими учеными паралелльныхъ ихъ изслѣдованіямъ сочиненій по исторіи иностранныхъ законодательствъ. Къ чести ихъ нужно сказать, что такое игнорированіе встрѣчается въ послѣднее время сравнительно рѣдко въ русскихъ историко-юридическихъ монографіяхъ, и что если за авторами послѣднихъ и нельзя признать знакомства съ общими результатами историко-сравнительной юриспруденціи, то имъ въ то же время не только нельзя отказать въ большой начитанности преимущественно въ нѣмецкой историко-юридической литературѣ, но есть даже основаніе упрекнуть ихъ какъ въ нѣсколько тенденціозномъ подведеніи раннихъ формъ общественной жизни славянскихъ народовъ подъ найденныя ими у нѣмецкихъ историковъ и юристовъ типы германо-романскаго феодализма, такъ и въ стремленіи объяснять сходство въ развитіи тѣхъ или другихъ институтовъ русскаго права и того или другаго изъ иностранныхъ однимъ лишь внѣшнимъ вліяніемъ и заимствованіемъ. Если не оправданіе, то объясненіе себѣ вышеуказанное направленіе находитъ въ еще недавнемъ состояніи исторической юриспруденціи на Западѣ, въ которой долгое время держался высказанный Монтенемъ взглядъ о невозможности констатировать путемъ сравненія учрежденій двухъ или нѣсколькихъ народовъ, ничего, кромѣ крайняго ихъ разнообразія. Разъ было признано, что законодательства отдѣльныхъ народовъ обыкновенно отличны другъ отъ друга, вполнѣ естественнымъ казалось объяснять случайный въ глазахъ изслѣдователей фактъ однохарактерности того или другаго института у нѣсколькихъ на-

родностей столь же случайнымъ фактомъ заимствованія ихъ однимъ народомъ у другаго. При ближайшемъ ознакомленіи съ богатымъ матерьаломъ преимущественно обычнаго права одноплеменныхъ между собою народовъ историкамъ-юристамъ пришлось сознаться въ томъ, что черты сходства въ учрежденіяхъ послѣднихъ преобладаютъ надъ чертами различія. За невозможностью объяснить этотъ фактъ однимъ лишь внѣшнимъ заимствованіемъ, заимствованіемъ, которое, если допустить его, являлось бы почти цѣлостнымъ возсозданіемъ тѣмъ или другимъ народомъ учрежденій одноплеменнаго ему сосѣда, историки-юристы выставили теорію о вліяніи тѣхъ или другихъ психологическихъ особенностей того или другаго племени на самый характеръ его общественныхъ и политическихъ институтовъ. Эти психологическія особенности находили себѣ коллективное выраженіе въ терминѣ—«народный духъ».

Тогда какъ германскій духъ долженъ былъ отличаться преимущественно передъ другими своимъ свободолюбіемъ, а романскій—пристрастіемъ къ авторитету, на долю славянскаго выпадала счастливая роль примирителя обоихъ началъ—авторитета и свободы.

Не удивляйтесь, Господа, тому обстоятельству, что въ этомъ распредѣленіи психологическихъ особенностей между различными народностями наиболѣе обиженнымъ являлся романскій духъ. Дѣло въ томъ, что сама-то теорія впервые возникла въ Германіи и что романтики нашей народности, перенесши ее на славянскую почву, позаботились разумѣется о томъ, чтобы славянскій духъ не остался въ обидѣ.

Приписывая германскому духу исключительное пристрастіе къ свободѣ, послѣдователи исторической школы охотно приписывали ему происхожденіе феодальной системы, въ которой на ихъ взглядъ слѣдовало видѣть прежде всего сумму юридическихъ обычаевъ и законодательныхъ нормъ, цѣлью которыхъ являлось ограниченіе авторитета верховной власти въ государствѣ. Романскій духъ по неволѣ

долженъ былъ удовольствоваться честью производства неуспѣшныхъ попытокъ къ объединенію и сплоченію западно-европейскаго міра въ эпоху Карла Великаго, Карла V и Наполеона I, тогда какъ славянскій, по мнѣнію его восхвалителей, имѣлъ полное право приписать себѣ славу первоначальнаго создателя общиннаго быта, быта, который въ глазахъ нашихъ романтиковъ, какъ примиряющій въ себѣ оба начала—свободы и авторитета, рано или поздно, долженъ былъ повести къ подчиненію, если не физическому, то нравственному, авторитету славянскаго міра гніющій, по ихъ выраженію, западъ.

Не смотря на крайнее дѣтство вышеупомянутыхъ воззрѣній, они держались весьма долго, по крайней мѣрѣ въ средѣ германскихъ и славянскихъ ученыхъ, обнаруживая одновременно лишь весьма слабое вліяніе на скептическое и безпочвенное міровоззрѣніе англійскихъ и французскихъ мыслителей. Не одному изъ величайшихъ германскихъ ученыхъ можетъ быть сдѣланъ упрекъ въ поддержкѣ и даже дальнѣйшемъ развитіи вышеописанной теоріи, пріятно ласкавшей ихъ національное самолюбіе, указаніемъ на важную историческую роль, какую призвано играть ихъ, раздробленное на мелкія государства, племя. Для примѣра я назову Якова Гримма, ученаго, которому не только германская филологія, но исторія и юриспруденція обязаны цѣлымъ рядомъ, въ высшей степени важныхъ, открытій. Утверждая, вопреки господствовавшему въ его время представленію, существованіе общиннаго землевладѣнія въ ранній періодъ германской исторіи и не находя ничего подобнаго ему у другихъ племенъ — Гриммъ поспѣшилъ приписать германскому духу созданіе общинныхъ союзовъ. Его вѣра,—я иначе не могу назвать увѣренности въ существованіи какой-то необходимой связи между психологическими особенностями германской расы и общиннымъ землевладѣніемъ,—его вѣра, говорю я, въ способность германскаго духа вызывать повсюду къ жизни сельскія общины была такъ сильна, что онъ счелъ возможнымъ воспользоваться свидѣтель-

ствомъ Горація о существованіи у Гетовъ общиннаго землевладѣнія, для признанія ихъ германскаго происхожденія, такъ какъ, разсуждалъ онъ, если бы Геты не были Готы, то существованіе общиннаго землевладѣнія въ ихъ средѣ было бы немыслимо.

При настоящемъ состояніи нашихъ знаній о древнѣйшихъ формахъ недвижимой собственности у народовъ не только арійской или семитической семьи, но и тѣхъ, которые имѣютъ туранское, американское, малайское, негритянское и т д. происхожденіе, мы, слѣдуя разсужденію Гримма, могли бы признать Гетовъ, одинаково, индусами, славянами, кельтами, арабами, краснокожими индѣйцами, неграми и т. д. Я бы могъ до безконечности приводить примѣры произвольныхъ этнографическихъ заключеній, какія позволяли себѣ приверженцы вышеописанной теоріи вліянія народнаго духа на характеръ учрежденій. Я могъ бы указать, напримѣръ, на ошибки, сдѣланныя въ этомъ направленіи русскими славянофилами и въ числѣ ихъ Самаринымъ, считавшимъ сельскую общину, наперекоръ Гримму, особенностью славянской рассы. Я могъ бы также обратить Ваше вниманіе на цѣлый рядъ крупныхъ промаховъ, дѣлаемыхъ въ томъ же направленіи французскимъ ученымъ Кордье въ его прекрасномъ трудѣ объ обычномъ правѣ въ Пиринеяхъ, но распространяться на этотъ счетъ я не вижу необходимости.

Сравнительному языкознанію выпало на долю открыть новую эру въ историко-сравнительномъ изученіи общественныхъ и политическихъ учрежденій, по крайней мѣрѣ, арійскихъ племенъ. Указывая на происхожденіе индогерманскихъ нарѣчій изъ общаго всѣмъ имъ источника —древне-арійскаго языка, современная филологія доказываетъ тѣмъ самымъ фактъ сожитія арійскихъ народовъ въ періодъ времени, который она отказывается опредѣлить, въ Бактріанѣ, у подошвы хребта Гиндуку. Англійскій ученый Фриманъ, которому, вслѣдъ за Куномъ и Пикте, пришла мысль воспользоваться данными сравнительнаго языкознанія, для построенія сравнительной

исторіи общественнаго развитія грековъ, римлянъ и германцевъ, старается объяснить тождество въ древнѣйшихъ институтахъ арійскихъ народовъ фактомъ ихъ сожитія въ доисторичежкій періодъ ихъ исторіи и одинаковаго перенесенія ими на ихъ новыя мѣстажительства учрежденій, возникшихъ впервые въ ихъ первоначальной родинѣ. Если Фриманъ, на основаніи данныхъ сравнительнаго языкознанія, считаетъ возможнымъ признавать тождество древнѣйшихъ формъ жизни у народовъ арійской семьи, то онъ въ тоже время предостерегаетъ изслѣдователей отъ всякой попытки дальнѣйшаго расширенія, сдѣланнаго имъ вывода и приложенія послѣдняго къ народамъ, не имѣющимъ одинаковаго съ арійцами происхожденія. Онъ не говоритъ, что этого расширенія нельзя будетъ сдѣлать впослѣдствіи; онъ только утверждаетъ, что сравнительное законовѣденіе, какъ прикладная наука по отношенію къ сравнительному языкознанію, не можетъ развиваться иначе, какъ вслѣдъ за первымъ. Когда сравнительному языкознанію удастся установить отношеніе, существующее между арійскими, семитическими и другими семьями языковъ, тогда только и отнюдь не раньшѣ историку-юристу можетъ быть дозволено задаться мыслью: не имѣли ли разноплеменные народы одинаковыхъ учрежденій въ ранній періодъ ихъ общественнаго развитія.

Такова теорія Фримана.

Я поставленъ въ необходимость объявить себя положительнымъ противникомъ ея. Современная этнологія, не смотря на свое позднее появленіе, уже настолько обогатила наши познанія громаднымъ числомъ фактовъ касательно общественнаго быта такъ-называемыхъ низшихъ рассъ, фактовъ, въ общихъ и главныхъ чертахъ, вполнѣ тождественныхъ съ тѣми, знакомство съ которыми доставляетъ намъ исторія законодательствъ того или другаго изъ арійскихъ племенъ, что мы положительно не имѣемъ возможности говорить исключительно о первобытной культурѣ той или другой рассы, какъ по необходимости отличающейся отъ остальныхъ.

Фактъ сходства, если не полнаго тождества, общественныхъ и политичежкихъ учрежденій у народовъ, различныхъ между собою по рассѣ, языку и религіи, не можетъ быть объясняемъ сожитіемъ ихъ въ данномъ опредѣленномъ пространствѣ въ отдаленный періодъ ихъ исторіи, такъ какъ происхожденіе человѣческаго рода изъ одной семьи является доказаннымъ только для богослововъ. Онъ находитъ себѣ объясненіе лишь въ томъ случаѣ, если, употребляя выраженіе Поля Віоле, мы допустимъ, что «народы различныхъ рассъ могли создать у себя, независимо другъ отъ друга, одни и тѣ же учрежденія и, проходя одинаковыя стадіи общественнаго развитія, прибѣгать къ установленію однихъ и тѣхъ же юридическихъ обычаевъ и формъ.»

Прежде чѣмъ перейти къ изученію раннихъ формъ человѣческаго общежитія, изученію, которое составитъ содержаніе моего курса въ нынѣшнемъ академическомъ году, я позволю себѣ обратить Ваше вниманіе на характеръ нѣкоторыхъ методологическихъ пріемовъ, которымъ я намѣренъ слѣдовать при выполненіи моей задачи.

Неполнота и отрывочность данныхъ, сообщаемыхъ прямыми источниками, къ числу которыхъ я отношу не одни чисто юридическіе памятники, но и произведенія народной поэзіи и письменности, неполнота и отрывочность этихъ данныхъ, говорю я, принуждаютъ изслѣдователя обращаться къ анализу позднѣйшихъ по времени возникновенія памятниковъ законодательства и юридической практики съ цѣлью обнаруженія въ нихъ тѣхъ или другихъ обычаевъ и нормъ, по своему содержанію и характеру прямо свидѣтельствующихъ о возникновеніи ихъ въ сравнительно ранній періодъ народной жизни. Этотъ методъ, который, благодаря Тейлору, получилъ извѣстность подъ названіемъ метода переживаній, находитъ мотивировку себѣ въ томъ соображеніи, что позднѣйшія по времени появленія формы общественной жизни не вытѣсняютъ собою сразу и окончательно предыдущихъ. Первобытный коммунизмъ въ его архаической формѣ—фор-

мѣ общенія не только имуществъ но и женъ, въ исторіи того или другаго народа успѣлъ уступить, положимъ, мѣсто позднѣйшей по времени появленія стадіи развитія; но изъ этого не слѣдуетъ, что въ его законодательствѣ и юридической практикѣ не уцѣлѣло по крайней мѣрѣ какихъ-нибудь слѣдовъ первобытнаго порядка общежитія, все равно, будетъ ли то въ формѣ еще дѣйствующаго въ нѣкоторыхъ мѣстностяхъ обычая или въ формѣ обряда, самый смыслъ котораго не понятенъ для лицъ его практикующихъ, и можетъ быть обнаруженъ только изслѣдователемъ, знакомымъ съ характеромъ первобытныхъ общественныхъ отношеній. Для примѣра я считаю возможнымъ привести уцѣлѣвшее еще во многихъ мѣстностяхъ свободное общеніе молодыхъ мужчинъ и дѣвушекъ до времени вступленія послѣднихъ въ бракъ, встрѣчающееся въ нашихъ сѣверныхъ губерніяхъ на такъ называемыхъ посидѣлкахъ, а въ южныхъ на столь распространенныхъ въ крестьянскомъ населеніи Малороссіи вечерницахъ. Та же свобода половыхъ сношеній въ періодъ предшествующій брачной жизни можетъ быть констатирована въ гористыхъ мѣстностяхъ центральной и сѣверной Европы, какъ въ существованіи однохарактерныхъ съ нашими посидѣлками граубюнденскихъ Кильбененъ, о которыхъ упоминается даже въ памятникахъ XVI-го вѣка, я разумѣю сборникъ обычнаго права одного изъ округовъ кантона, округа Kloster; такъ и во всеобщей распространенности въ лѣсныхъ кантонахъ еще въ наше время обычая ходить на ночь къ незамужнымъ дѣвушкамъ съ вѣдома и согласія ихъ родителей, обычая извѣстнаго подъ названіемъ Dorfgehen или Kirchgang и встрѣчающаго аналогичное явленіе себѣ въ Ирландскомъ «bundling».

Въ доказательство продолжительнаго существованія въ законодательствахъ отдѣльныхъ народовъ тѣхъ или другихъ слѣдовъ архаическаго коммунизма, я могу также, вслѣдъ за Либрехтомъ, привести примѣръ широкой распространенности права первой ночи, въ происхожденіи котораго за долго до возникновенія феодализма путемъ постепен-

наго ограниченія одними родовыми и общинными старѣйшинами всеобщаго на первыхъ порахъ общенія женъ сперва между членами одного племени, позднѣе одного только рода, едва ли можетъ быть высказываемо еще какое либо серьёзное сомнѣніе.

Наконецъ съ тою же цѣлью доказать удержаніе позднѣйшими юридическими памятниками обычаевъ предшествовавшей ихъ возникновенію эпохи я могу упомянуть о левиратѣ или сожительствѣ жены съ братьями мужа, левиратѣ, который извѣстенъ не одному индійскому или еврейскому праву, но встрѣчается, правда въ вымирающей формѣ, въ Индіи, Спартѣ и древней Трои.

Подобно тому, какъ позднѣйшія стадіи общественнаго развитія и даже современный намъ общественный строй представляютъ еще много слѣдовъ архаическаго коммунизма, такъ точно общинно-родовой и постепенно смѣнившій этотъ послѣдній общинно-сельскій и общинно-семейный бытъ, уступая мѣсто быту феодальному, исчезаютъ не сразу; слѣды ихъ продолжаютъ держаться почти во всѣхъ частяхъ частнаго и публичнаго права. Въ вещномъ правѣ — не только въ существованіи еще въ наши дни цѣлаго ряда вещныхъ сервитутовъ, каковы право выпаса на чужихъ поляхъ послѣ снятія съ послѣднихъ жатвы или въѣзда въ чужой лѣсъ, но и въ державшейся долгое время неотчуждаемости родовыхъ земель и трудности отчужденія остальныхъ, трудности состоявшей съ одной стороны въ выставляемомъ обычаями требованіи соблюденія извѣстныхъ условій, какъ-то присутствія на первыхъ порахъ даже согласія сосѣдей и наслѣдниковъ, а съ другой въ существованіи права не только родоваго, но и сосѣдскаго выкупа, удержавшагося вплоть до нашего времени не только въ Кабиліи, гдѣ онъ извѣстенъ подъ наименованіемъ chefaa, но и въ сѣверо-западныхъ провинціяхъ Индіи, въ Пенджабѣ, въ нѣкоторыхъ округахъ Граубюндена и Швица, наконецъ въ расположенныхъ въ Пиренеяхъ провинціяхъ и департаментахъ Испаніи и Франціи. Прибавлю къ этому

что обычай сосѣдскаго выкупа находитъ себѣ законодательное признаніе въ древнѣйшихъ юридическихъ памятникахъ Ирландіи и Валлиса и въ цѣломъ радѣ weisthümer средневѣковой Германіи. Переходя отъ вещнаго права къ праву наслѣдственному, я считаю нужнымъ обратить Ваше вниманіе, во 1-хъ на допущеніе къ наслѣдованію сравнительно еще недавно въ нѣкоторыхъ мѣстностяхъ Германіи и Швейцаріи, при недостаткѣ упомянутыхъ въ законѣ степеней родства, совокупности лицъ, состоявшихъ въ самомъ даже отдаленномъ агнатическомъ отношеніи съ наслѣдодателемъ (я разумѣю такъ называемую «pfrund», о которой говорятъ деревенскіе распорядки многихъ мѣстностей Кантона Аппенцель), во 2-хъ на удержавшееся еще въ наше время право нѣкоторыхъ общинъ въ лѣсныхъ кантонахъ и Граубюнденѣ на наслѣдованіе выморочныхъ имуществъ, расположенныхъ въ предѣлахъ означенныхъ общинъ.

Оставляя область частнаго права и обращаясь къ праву уголовному, я могу указать Вамъ, какъ на доказательства продолжительнаго удержанія слѣдовъ общинно-родоваго быта въ законодательствахъ народовъ, перешедшихъ уже къ болѣе сложнымъ формамъ общественныхъ отношеній, на общераспространенность обычая кровной мести и замѣнившей его съ теченіемъ времени системы композицій, платимыхъ сперва родомъ преступника, за тѣмъ, по мѣрѣ перехода родовой общины въ сельскую, членами послѣдней, наконецъ одними лишь ближайшими родственниками, членами семейной общины, этой послѣдней по времени появленія стадіи въ процессѣ разложенія общинно-родовыхъ союзовъ.

Въ полицейскомъ правѣ слѣдомъ нѣкогда существовавшихъ общинно-родовыхъ союзовъ является круговая порука сперва родственниковъ другъ за друга, позднѣе членовъ территоріальной и наконецъ семейной общины.

Указанные мною три вида круговой поруки могутъ быть констатированы путемъ непосредственнаго изученія не однихъ только обычныхъ распорядковъ отдѣльныхъ

племенъ Кабиліи, но и Ирландскихъ «corus fine» и «Corus bescna», Валійскихъ законовъ, Weisthümer многихъ общинъ Германіи и Швейцаріи, Ярославовой Правды и законника Стефана Душана.

Наконецъ, въ судоустройствѣ память о нѣкогда господствовавшихъ общинно-судебныхъ распорядкахъ продолжаетъ держаться долгое время спустя послѣ ихъ исчезновенія въ существованіи волостныхъ судовъ, не только на всемъ протяженіи Остъ-индскаго полуострова, насколько можно заключить изъ прямаго обозначенія ихъ въ Учрежденіяхъ Нарады, но и въ Ирландіи, Валлисѣ, Германіи, Швейцаріи и самой Англіи, гдѣ слѣды ихъ существованія сохранились до нашихъ дней въ такъ называемыхъ customary courts.

Если слѣды той или другой стадіи общественнаго развитія продолжаютъ держаться въ законодательствѣ народа много вѣковъ спустя послѣ смѣны ихъ новыми и высшими формами общественныхъ отношеній, то отсюда прямо слѣдуетъ, что изучая эти обломки пережитаго уже быта, изслѣдователь имѣетъ полное право заключить о характерѣ учрежденій той эпохи, которая впервые вызвала ихъ къ жизни. Прибѣгая къ только-что указанному методу, онъ долженъ однако пользоваться имъ съ крайней осторожностью. Поспѣшныя заключенія о чисто-народномъ характерѣ учрежденій, обязанныхъ своимъ происхожденіемъ временнымъ и скоро-преходящимъ причинамъ и вызванныхъ къ жизни не юридическимъ творчествомъ народа, а законодательной дѣятельностью правительства, слишкомъ часты, чтобы не требовать отъ современнаго изслѣдователя большой осмотрительности при производствѣ своихъ заключеній.

Неуспѣхъ нѣмецкой теоріи круговой поруки, теоріи построенной на ложномъ отнесеніи уголовно-полицейскихъ учрежденій норманскихъ королей на счетъ юридической самодѣятельности германскаго народа, да послужитъ имъ въ этомъ отношеніи предостерегающимъ урокомъ.

Сколько разъ мнѣ не приходилось обращаться самому къ незамѣнимому при изученіи первобытныхъ формъ жизни методу переживаній, я не считалъ возможнымъ раньше признавать вѣрными добытыя примѣненіемъ его выводы, какъ подвергнувши послѣдніе провѣркѣ путемъ сравненія ихъ съ положеніями установленными частью современной этнологіею, частью спеціальной разработкой исторіи права того или другаго народа.

Этимъ путемъ, какъ мнѣ кажется, только и возможно раскрыть общія причины извѣстныхъ правовыхъ явленій, причины независимыя отъ временныхъ и мѣстныхъ условій отдѣльныхъ народовъ.

Возьмемъ для примѣра такъ часто подымаемый и до сихъ поръ не конченный споръ о причинахъ, вызвавшихъ къ жизни возникновеніе семейныхъ общинъ.

Односторонее изученіе этого общечеловѣческаго явленія лишь на основаніи законодательства того или другаго народа побудило лицъ, занимавшихся этимъ вопросомъ, однихъ—Фюстель-де-Куланжа въ томъ числѣ, приписать возникновеніе семейныхъ общинъ культу покойныхъ предковъ и обусловливаемой имъ необходимости поддержанія священнаго очага, требовавшаго въ свою очередь постояннаго присутствія въ семьѣ извѣстныхъ имущественныхъ средствъ; другихъ—и въ числѣ ихъ Bonnemère, отнести фактъ ихъ появленія на счетъ вліянія монастырскихъ корпорацій среднихъ вѣковъ и т. п.

Современный изслѣдователь не можетъ помириться ни съ однимъ изъ этихъ выводовъ. Привлекая къ ихъ провѣркѣ данные, установленные этнологіей, онъ необходимо приходитъ къ заключенію о возможности существованія семейныхъ общинъ у народовъ, держащихся самыхъ грубыхъ формъ фетишизма и не имѣющихъ ни малѣйшаго понятія о культѣ предковъ. Дѣлая еще шагъ дальше на томъ же пути провѣрки выводовъ, полученныхъ методомъ переживаній, результатами примѣненія историко-сравнительнаго метода, изслѣдователь необходимо придетъ вмѣстѣ со мною къ заключенію о возникновеніи семей-

ныхъ общинъ путемъ самопроизвольнаго разложенія более численныхъ общинно-родовыхъ союзовъ, благодаря рано или поздно начинающагося въ ихъ средѣ обособленія интересовъ отдѣльныхъ семействъ.

Такимъ образомъ причинная связь, существующая между религіозными представленіями и общественными отношеніями народовъ, въ правѣ которыхъ мы встрѣчаемъ слѣды нѣкогда существовавшихъ семейныхъ общинъ, какъ разъ обратна той, которую выставляютъ спеціальные изслѣдователи семейной общины у того или другаго народа. Не существованіе культа предковъ вызываетъ къ жизни семейную общину, а возникновеніе послѣдней обусловливаетъ собою одновременное господство какъ этого культа, такъ и обусловливаемаго имъ священнаго обряда поддержанія семейнаго очага.

Если то или другое явленіе, въ данномъ случаѣ религіозныя представленія, не могутъ быть признаны первичной причиной, обусловливающей собою возникновеніе самаго института, то съ теченіемъ времени оно легко можетъ сдѣлаться условіемъ продолжительнаго удержанія послѣдняго въ обычномъ правѣ извѣстнаго народа.

Это обстоятельство, я разумѣю возможность привхожденія съ теченіемъ времени новыхъ причинъ существованія извѣстнаго института, отличныхъ отъ тѣхъ, которыя въ первые вызвали его къ жизни, всего легче и можетъ вовлечь въ заблужденіе изслѣдователя, не способнаго или не желающаго пользоваться методомъ историко-сравнительнымъ.

Въ одной изъ ближайшихъ лекцій я буду имѣть случай говорить съ Вами о крайне любопытномъ явленіи женскаго дѣтоубійства, явленіи объясняющемъ въ значительной степени, по мнѣнію Макъ-Ленана, переходъ отъ экзогаміи къ эндогаміи, отъ обычая брать женъ изъ чужаго племени къ обычаю вступать въ бракъ съ единоплеменными женщинами. Женское дѣтоубійство и до сихъ поръ господствуетъ въ Пенджабѣ и не столько въ

племени Раджпутовъ, сколько у менѣе развитыхъ племенъ Шейковъ, Шогановъ и др.

По донесеніямъ англійскихъ администраторовъ въ Индіи, донесеніямъ, которыя мнѣ самому пришлось читать въ Архивѣ главнаго управленія по дѣламъ этой колоніи, причиной распространенности женскаго дѣтоубійства у вышеозначенныхъ племенъ является съ одной стороны ихъ аристократическая исключительность, не допускающая и мысли о неровныхъ бракахъ, а съ другой ихъ крайняя бѣдность, связанная съ довольно странными представленіями о необходимости значительныхъ денежныхъ затратъ для празднованія свадебъ, затратъ, дѣлать которыя мѣшаетъ имъ недостатокъ нужныхъ средствъ.

Если такова современная намъ причина распространенности женскаго дѣтоубійства у нѣкоторыхъ племенъ сѣверной Индіи, то изъ этого еще вовсе не слѣдуетъ, что она и есть та самая, которая впервые вызвала это явленіе къ жизни. Сравнивая свидѣтельства англійскихъ администраторовъ съ многочисленными данными, встрѣчаемыми у отдѣльныхъ путешественниковъ касательно причинъ женскаго дѣтоубійства у народовъ стоящихъ на низшей ступени культуры, мы не только не приходимъ къ признанію общераспространенности вышеуказанныхъ мотивовъ, но напротивъ того принуждены бываемъ сознаться, что и въ самой Индіи это явленіе вызвано къ жизни болѣе общею и ранѣе другихъ появившеюся причиной—я разумѣю обычай похищенія женъ, порождавшій враждебныя столкновенія между племенами и побуждавшій нѣкоторыя изъ нихъ уничтожать нарождающіяся женскія поколѣнія въ надеждѣ устранить тѣмъ самымъ главныя причины набѣговъ со стороны сосѣдственныхъ племенъ.

Я боюсь утомить Ваше вниманіе слишкомъ большимъ числомъ примѣровъ, но желаніе предостеречь Васъ по возможности отъ ошибокъ, которыхъ не избѣжали лучшіе изъ западно-европейскихъ изслѣдователей, заставляетъ меня остановиться на оцѣнкѣ высказанныхъ въ разное

время заключеній по вопросу о причинѣ происхожденія одного изъ весьма близкихъ по своему характеру къ упомянутымъ уже мною институтамъ, а именно—левирата.

Вы знаете, что левиратъ въ его древнѣйшей формѣ есть освященное обычаемъ право сожительства жены съ однимъ изъ братьевъ мужа; изучая это явленіе въ его позднѣйшей формѣ, въ формѣ не иначе дозволяемаго сожитія, какъ подъ непремѣннымъ условіемъ безплодія брака, германскіе историки объясняли существованіе его въ Индіи уже упомянутымъ мною культомъ предковъ и желаніемъ доставить мужу наслѣдника, «этого спасителя душъ усопшихъ предковъ,» какъ обозначаютъ его древнѣйшіе памятники греческой литературы. Такое заключеніе кажется на первый взглядъ тѣмъ болѣе основательнымъ, что культъ предковъ не только встрѣчается въ Ригъ—Ведѣ (какъ каждый изъ Васъ можетъ убѣдиться изъ текстовъ, помѣщенныхъ въ переводѣ Muir'омъ), но что о немъ упоминается и въ сравнительно позднихъ юридическихъ памятникахъ, напримѣръ въ Митакшарѣ, въ отдѣлѣ объ усыновленіи, что самый институтъ усыновленія объясняется въ кодексахъ необходимостью пріискать бездѣтному главѣ семейства лицо, готовое совершать необходимыя для спасенія его души жертвоприношенія и т. д. Какъ ни вѣски повидимому всѣ эти соображенія, они падаютъ при сравненіи полученнаго на основаніи ихъ вывода съ данными этнологіи и сравнительной исторіи учрежденій, указывающими на существованіе левирата у народовъ, которымъ одинаково неизвѣстенъ былъ культъ предковъ, институтъ усыновленія и т. д., я разумѣю у народовъ, переходящихъ отъ періода общиннаго брака къ браку индивидуальному и ограничивающихъ поэтому постепенно право пользованія женщиной одними только ближайшими родственниками.

Говоря о методѣ переживаній, я принималъ до сихъ поръ во вниманіе лишь пользованіе матерьяломъ позд-

нѣйшихъ по времени юридическихъ обычаевъ и нормъ для призводства на основанiи ихъ заключенiй о вызвавшихъ ихъ къ жизни общественныхъ институтовъ. Но съ тою же цѣлью мы имѣемъ право пользоваться почти неисчерпаемымъ матерьяломъ юридическихъ символовъ и формъ; наконецъ миѳологическими сказанiями.

Въ настоящее время довольно трудно встрѣтить между учеными разнорѣчiе по вопросу о возможности на основанiи употребляемыхъ у извѣстнаго народа обрядовъ и символовъ при совершенiи извѣстныхъ юридическихъ актовъ заключать о самомъ характерѣ этихъ послѣднихъ въ сравнительно ранній перiодъ народной жизни. Едва ли кто найдетъ, напримѣръ, неосновательнымъ заключенiе о господствѣ нѣкогда обычая похищенiя женъ у народовъ, свадебные обряды которыхъ до сихъ поръ напоминаютъ самый актъ похищенiя невѣсты. Я не буду поэтому настаивать на мысли не только о возможности, но и о необходимости изученiи обрядовъ и символовъ народа, первобытныя формы жизни котораго желаетъ воз становить изслѣдователь.

Болѣе разногласiя вызываетъ вопросъ о томъ, насколько можетъ быть привлеченъ къ изученiю раннихъ формъ общественныхъ отношенiй богатый матерьялъ миѳологическихъ сказанiй. Отправляясь отъ той совершенно вѣрной мысли, что народъ всегда устраиваетъ жизнь своихъ Боговъ по образцу собственной жизни, Бахофенъ въ своемъ извѣстномъ сочиненiи «о Материнскомъ правѣ» далъ широкое примѣненiе методу переживанiй въ приложенiи къ богатому матерьялу миѳологическихъ сказанiй классической древности.

Послѣдовавшiе за нимъ изслѣдователи, прибѣгая къ тому же методу, сочли нужнымъ однако пользоваться имъ съ гораздо большей осторожностью. Не всегда легкое разграниченiе въ миѳологическихъ сказанiяхъ съ одной стороны области поэтическаго воспроизведенiя дѣйствительности, съ другой — фантастическихъ вымысловъ, составляетъ причину невѣрности многихъ заклю-

ченій, полученныхъ путемъ односторонняго примѣненія этого метода безъ достаточной провѣрки ихъ методомъ историко-сравнительнымъ.

Самому Бахофену можетъ быть сдѣланъ упрекъ въ слишкомъ поспѣшномъ заключеніи на основаніи однихъ сказаній объ амазонкахъ о существованіи нѣкогда періода женскаго господства, положенія несогласнаго съ первобытнымъ приниженіемъ женщины къ состоянію объекта имущественныхъ отношеній, приниженіемъ, о которомъ свидѣтельствуютъ показанія путешественниковъ, имѣвшихъ случай наблюдать семейныя отношенія у дикарей.

Пользованіе методомъ переживаній ни мало не должно устранять собою одновременнаго пользованія результатами какъ исторіи языка народа, первобытныя учрежденія котораго составляютъ предметъ изслѣдованія, такъ и общихъ результатовъ сравнительнаго языкознанія.

Что касается во первыхъ данныхъ, доставляемыхъ исторіей языка, то филологическій разборъ географическихъ названій—разборъ, къ которому такъ часто прибѣгаетъ Арнольдъ въ своемъ любопытномъ трудѣ о миграціяхъ и поселеніяхъ германскихъ племенъ, одинъ въ состояніи дать намъ приблизительное понятіе какъ объ этнографическомъ составѣ первоначальныхъ поселеній, такъ и о физическихъ условіяхъ той мѣстности, среди которой они возникли, такъ наконецъ и о самомъ способѣ ихъ первоначальнаго основанія путемъ ли очистки лѣса осушенія болотъ и т. д. Существеннымъ подспорьемъ для изслѣдователя раннихъ формъ общественной жизни является также филологическій разборъ словъ, служащихъ для обозначенія различныхъ степеней родства и свойства тѣхъ или другихъ имущественныхъ правъ и отношеній и т. п.

Мысль о важности изученія результатовъ сравнительнаго языкознанія для ознакомленія съ раннимъ періодомъ въ исторіи учрежденій, покрайней мѣрѣ арійскихъ народовъ, уже указана была Куномъ и Пикте и вслѣдъ за ними односторонне развита Фриманомъ въ его весьма по-

пулярномъ трудѣ, озаглавленномъ «Сравнительная политика.» Какъ существованіе во всѣхъ арійскихъ языкахъ однокоренныхъ терминовъ для обозначенія извѣстныхъ общественныхъ понятій, такъ и отсутствіе послѣднихъ, могутъ служить важнымъ подспорьемъ при рѣшеніи вопроса, каковы были бытовыя условія арійскихъ народовъ въ періодъ ихъ совмѣстнаго сожитія въ центральной Азіи; но они едва ли даютъ намъ право заключать объ исходныхъ точкахъ отправленія въ общественномъ развитіи отдѣльныхъ вѣтвей арійской семьи, заселяющихъ въ настоящее время Европейскій материкъ, такъ какъ характеръ ихъ общественныхъ отношеній необходимо долженъ былъ измѣниться въ эпоху ихъ миграціи и окончательнаго поселенія сообразно физическимъ условіямъ проходимыхъ или занятыхъ ими мѣстностей. Утверждать противное значило бы бездоказательно отрицать вліяніе физическихъ условій на характеръ общественныхъ отношеній и необходимость, въ которой находятся народы, особенно стоящіе на низшихъ ступеняхъ общественнаго развитія устраивать свою жизнь сообразно климату, почвѣ и другимъ физическимъ условіямъ.

Изслѣдователь ранняго періода въ исторіи учрежденій не имѣетъ также права игнорировать вполнѣ еще весьма скудный, правда, матерьялъ, добытый археологическими раскопками по вопросу о раннихъ формахъ общественной жизни. Я не могу поэтому отнестись иначе, какъ съ полнымъ сочувствіемъ къ дѣлаемой Г-мъ Самоквасовымъ попыткѣ пополнить путемъ раскопки кургановъ отрывочныя и неполныя свѣдѣнія нашихъ лѣтописей о характерѣ древнѣйшихъ поселеній, съ той однако лишь оговоркой, если исключительное увлеченіе археологическими соображеніями не будетъ мѣшать ему въ будущемъ, какъ это къ сожалѣнію имѣло мѣсто до сихъ поръ, обращаться и къ другимъ методологическимъ пріемамъ, безъ которыхъ его чрезвычайно любопытныя изысканія могутъ повести лишь къ субъективнымъ и далеко не научнымъ выводамъ.

Проявившееся въ послѣднее время въ русской исторической наукѣ увлеченіе пріемами археологіи заставляетъ меня остановиться съ нѣкоторой подробностью на опасности односторонняго пользованія послѣдними, доказательствомъ чему могутъ служить нѣкоторые изъ положеній выставленныхъ самимъ Г-мъ Самоквасовымъ въ его весьма серьезномъ и любопытномъ трудѣ «О происхожденіи русскихъ городовъ.» Пришедши путемъ самостоятельной раскопки кургановъ къ констатированію факта существованія въ древней Руси огромнаго множества городищъ, проф. Самоквасовъ счелъ себя вправѣ заключить отсюда о преобладаніи у насъ въ древній періодъ нашей жизни числа городовъ надъ числомъ селъ и даже о возникновеніи послѣднихъ путемъ разновременнаго выселенія части городскаго населенія внѣ предѣловъ городской черты. Безъ предвзятаго игнорированія результатовъ, полученныхъ благодаря приложенію историко-сравнительнаго метода, Г-нъ Самоквасовъ никогда бы не могъ придти къ такому странному заключенію. Интересъ добытыхъ его личными розысканіями данныхъ нисколько бы не уменьшился отъ сопоставленія послѣднихъ съ историческими свидѣтельствами хотя бы напр. Юлія Цезаря объ укрѣпленныхъ лагеряхъ у Кельтовъ. Только вмѣсто того, чтобы прійти къ построенію фантастическаго положенія объ образованіи селъ изъ городовъ г. Самоквасовъ пришелъ бы къ констатированію и въ бытовыхъ условіяхъ Славянъ, при рѣшительномъ преобладаніи, господствѣ, какъ и на Западѣ, сельскаго быта надъ городскимъ, обычая укрѣплять нѣкоторыя выгодно расположенныя въ географическомъ отношеніи мѣстности и искать въ нихъ убѣжища на случай возможныхъ набѣговъ сосѣднихъ племенъ.

На основаніи всего сказаннаго мною о методологическихъ пріемахъ при изслѣдованіи разныхъ формъ общественныхъ отношеній, вы сами придете къ заключенію о необходимости въ интересахъ по возможности всесторонняго и объективнаго изученія предмета пользоваться од-

новременно всѣми и каждымъ изъ нихъ. На эту необходимость указываетъ самый характеръ изучаемыхъ явленій. Господство въ общественной жизни того или другаго начала отражается вѣдь на всѣхъ сторонахъ послѣдней, и на правѣ того или другаго народа, и на его миѳологическихъ представленіяхъ, и на его языкѣ, и на характерѣ оставленныхъ имъ памятниковъ архитектуры и на содержаніи его поэтическихъ произведеній.

Только подъ условіемъ провѣрки выводовъ, полученныхъ при помощи одного метода, результатами полученными путемъ примѣненія другихъ, и возможно объективное и потому самому научное изученіе формъ общественной жизни, другими словами какъ разъ обратное отношеніе къ историко-юридическому матеріалу сравнительно съ тѣмъ, которое еще недавно было господствующимъ въ средѣ изслѣдователей, отправлявшихся въ своихъ изысканіяхъ отъ субъективныхъ и потому самому произвольныхъ построеній о вліяніи рассы на характеръ учрежденій и на способность лишь сравнительно небольшаго числа счастливо одаренныхъ природою народностей къ образованію въ ихъ средѣ высшихъ формъ жизни.

Максимъ М. Ковалевскій.



(Изъ «Юридическаго Вѣстника»).



ОПЕЧАТКИ:



напечатано:	*читать:*
стран. 1 строка 4 снизу	
самостоятельномъ	самопроизвольномъ
стран. 10 строка 8	
Kirchgang	Kilchgang
стран. 21 строка 10	
преобладаніи, господствѣ	преобладаніи

Дозволено Цензурой. Москва, 20 Января 1878 г.

Въ Типографіи Индриха, на Срѣтенкѣ д. Карлони.



